



**JUZGADO SOCIAL NÚM.1
TARRAGONA.-**

*Carls.
MAN-TEPO - 258/13*

T. 1. 2014

DEMANDA Despido nulo núm.1043/2013

SENTENCIA Nº 179/14

En tarragona a dos de abril de dos mil catorce.

D. [Nombre] Juez Titular del Juzgado de lo Social número Uno de Tarragona, ha visto los presentes autos de DESPIDO nº **1043/2013** promovidos a instancia de [Nombre], defendida y representada por el Letrado D. [Nombre] contra la mercantil [Nombre], representada por D. [Nombre] y defendida por el Letrado D. [Nombre]; habiendo sido citado el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- En fecha 23 de diciembre de 2013 la actora presentó demanda junto con sus copias y documentos, ante la Oficina de Decanato de los Juzgados de lo Social, la cual tras ser repartida correspondió su conocimiento al presente Juzgado con fecha de entrada el día 2 de enero de 2014, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicaba al Juzgado el dictado de una sentencia por la que se condene a la empresa demandada, previa calificación del despido producido como nulo o, subsidiariamente, improcedente, a readmitir a la actora en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad al despido o, en su caso, al pago de la máxima indemnización legal en caso de improcedencia del despido y para el caso de que la demandada optare por la no readmisión; y en el caso de que proceda la readmisión se condene al pago de los salarios de tramitación.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la demanda se citó a las partes al acto de conciliación y juicio que tuvo lugar el día 1 de abril de 2014, compareciendo las partes referidas en el encabezamiento de la presente resolución. Abierto el acto de la vista se concedió la palabra a la parte actora, afirmándose y ratificándose en la demanda, solicitando el recibimiento del juicio a prueba. La parte demandada se opuso con las manifestaciones que constan en el acta, a la que me remito por razones de economía procesal.

La parte demandante propuso como pruebas la documental aportada en

el acto de la vista y la que obra en autos.

La parte demandada propuso la documental aportada en el acto de la vista, así como la testifical de D. Manuel Lorenzo Lascuevas Milla.

Todas las pruebas fueron admitidas a excepción del documento número 4 aportado por la actora y los documentos número 1, 3 y 5 del anexo del documento 3 aportados por la parte demandada, y ello por las razones que consta en el acta a la que me remito por razones de economía procesal. La documental admitida se tuvo por reproducida.

Practicadas las pruebas se concedió la palabra a las partes para conclusiones.

Posteriormente se declararon los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente pleito se han observado todos los preceptos legales salvo los relativos a los plazos procesales debido al amplio volumen de asuntos que penden en este Juzgado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, [REDACTED], mayor de edad, con DNI nº [REDACTED] afiliada al Régimen General de la Seguridad Social nº [REDACTED], ha venido trabajando bajo la dependencia de la mercantil demandada [REDACTED], desde el día 29 de noviembre de 2012, con la categoría profesional de Oficial 1ª Administrativa, percibiendo un salario a efecto de despido de 63,01 euros diarios, siendo su salario mensual líquido de 1.916,63 euros brutos con inclusión de prorrata de pagas extras (conformidad de las partes; doc. nº 2 y 5 actora; doc. nº 1 empresa).

SEGUNDO.- Por la actividad laboral realizada por el demandante resulta de aplicación el convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 de diciembre de 2013. Código de convenio 99004975011981), el cual ha permanecido vigente desde el día 5 de junio de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013 (art. 4 del convenio).

TERCERO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido cargo de representación sindical ni delegado de personal (hecho no controvertido).

CUARTO.- Por escrito de 21 de noviembre de 2013 la empresa [REDACTED] comunicó a la actora la resolución del contrato laboral celebrado en fecha 29 de noviembre de 2012 con fecha de efectos de 27 de noviembre de 2013 por no haber superado el periodo de prueba establecido en la cláusula segunda del contrato de trabajo y art. 4.3 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (doc. nº 1 demandante; doc. nº 2 empresa).

La trabajadora fue dada de baja en el Sistema de Seguridad Social el día 27 de noviembre de 2013 siendo la causa "*cese en periodo de prueba a instancia del empresario*" (doc. nº 2 demandante).

En el momento de comunicar la empresa la extinción de la relación laboral a la trabajadora le entregó el recibo de finiquito, poniendo a su

disposición la cantidad de 1.944,73 euros netos, sin que conste que hubiera prestado su disconformidad con el mismo la demandante (doc. nº 3 actora).

QUINTO.- El día 29 de noviembre de 2012 la trabajadora demandante celebró un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo completo con la empresa i

Dispone la cláusula segunda del contrato de trabajo que *"la duración del presente contrato será indefinida, iniciándose la relación laboral con fecha 29/11/2012 y se establece un periodo de prueba de un año en todo caso"*.

(doc. nº 5 actora; doc. nº 1 empresa).

SEXTO.- El día 12 de julio de 2013, la trabajadora inició un proceso de estado de gestación por embarazo, fijándose como fecha probable del parto el día 18 de abril de 2014, habiendo comunicado aquélla la situación de embarazo a la empresa a primeros del mes de octubre de 2013 (doc. nº 6 actora; testifical; hecho no controvertido).

SÉPTIMO.- La empresa i... contrató, durante la última semana del mes de septiembre de 2013, a la empresa de trabajo temporal /... para la selección de un Oficial Administrativo que sustituya a la trabajadora demandante. Habiendo resultado seleccionado el... el cual pasó a prestar sus servicios profesionales con fecha de efectos de 2 de diciembre de 2013 en el centro de trabajo que la demandada tiene en la localidad de Valls (Tarragona) (doc. nº 3: anexo 4 y doc. nº 4 empresa).

La decisión de iniciar un nuevo proceso de selección para sustituir a la actora a finales de septiembre se debe a que hasta esta fecha la empresa desconocía que las pérdidas generadas por la actora por importe de 90.730 euros eran irrecuperables (doc. nº 3 empresa; testifical)

OCTAVO.- Durante el periodo de prueba resulta acreditado que la trabajadora demandante incurrió en una serie de errores, los cuales se exponen a continuación:

a) En relación a los pedidos al proveedor designado por...

- 1.- Omisión en la incorporación en el sistema de un cambio de precios de un tejido notificado por i
- 2.- Emisión de los pedidos de abril y mayo con los precios antiguos (mas elevados).
- 3.- Omisión de corrección de los precios.

b) En relación con el documento... exigido por...

- 1.- No envío de la información a... en los plazos acordados, lo que motivó reiteradas quejas de los interlocutores.
- 2.- Envío de la información del fichero con constantes errores.

c) En relación con la entrada de otros pedidos en el sistema:

- 1.- Omisión de la introducción en el sistema informático del pedido 4010-OP correspondiente a 210.000 kg de fibra de poliéster.



2.- Dicha omisión ocasionó la compra duplicada de dicha cantidad de fibra en el lanzamiento de nuevas necesidades de compra, generando un exceso de stock.

3.- Los extracostes generados por esta omisión son anticipo innecesario del pago del IVA (60.043 euros); anticipo del pago de aranceles (9.150 euros); utilización de póliza de crédito en exceso por importe del exceso de stock con un coste financiero de 4.216 euros.

(doc. nº 3 empresa; testifical)

El hecho de no haber entrado los precios correctamente en el sistema por la actora ha generado a la demandada unos costes por valor de 90.719,14 euros (doc. nº 3: anexo 2 empresa; testifical).

NOVENO.- Se ha celebrado ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación el 16 de enero de 2014 con un resultado de intentado SIN AVENENCIA (documental que acompaña al escrito de demanda).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora ejerce la acción declarativa del art. 55.5 del Real Decreto legislativo 1/95 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), mediante la cual impugna la resolución del contrato de trabajo a instancia de la mercantil pretendiendo que se califique el despido como nulo, con la consiguiente condena a la empresa a su readmisión, de conformidad con el art. 55.6 ET, junto con el abono de los salarios de tramitación. Subsidiariamente, pretende que se declare la improcedencia de la extinción de la relación laboral en base al art. 55.4 ET, condenando a la empresa demandada a su readmisión o, en su defecto, al abono de la indemnización legal a que se refiere el art. 56.1 para el caso de que la empleadora demandada optare por la no readmisión al puesto de trabajo que ocupaba al tiempo del despido, con la condena al pago de los salarios de tramitación para el caso de optar por la readmisión.

Funda la trabajadora su pretensión principal en que la resolución del contrato es nula, toda vez que se encontraba en situación de embarazo, por lo que la extinción de la relación laboral a instancia de la empresa obedece a causa discriminatoria, con la consiguiente vulneración del art. 14 CE en relación con los art. 4.2.c) y 17.1 ET. Pretende además, que en su defecto se declare la improcedencia del despido, en cuanto que no concurre causa que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo, toda vez que no se le puede imputar incumplimiento alguno, así como que por la empresa no se ha observado plazo de preaviso, ni tampoco ha indemnizado a esta parte procesal por la extinción de la relación laboral en atención al excesivo periodo de prueba de un año.

La parte demandante, cuando alega la improcedencia de la extinción de la relación laboral, invoca la vulneración del art. 4 de la carta Social Europea, entendiéndolo que debe quedar sin efecto el periodo de prueba de un año que se contiene en el contrato de trabajo por aplicación del art. 4.3 del real decreto Ley 3/2012, por lo que se ha de estar al periodo de prueba de seis meses fijado por



convenio colectivo. Así pues, una vez que la decisión extintiva despliega sus efectos transcurrido el periodo de prueba convencionalmente es por lo que ante la ausencia de una carta de despido (art. 55.1 ET) se ha de declarar la improcedencia de la extinción de la relación laboral por defecto de forma.

SEGUNDO.- La defensa de la empresa ! se opone a las pretensiones de contrario, dado que la cláusula segunda del contrato de trabajo prevé un periodo de prueba de un año, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, precepto que regula el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

Sostiene que la no superación del periodo de prueba fue motivado por los diferentes errores cometidos por la trabajadora los cuales motivaron unas pérdidas por importe de 150.000 euros, tal y como resulta de la documentación que esta parte procesal aporta a los autos, y ello aún cuando la empresa formó a aquélla en Lituania.

Es por el motivo antes referido que la empresa procedió a comunicar la extinción de la relación laboral a la ahora demandante, sin que la decisión empresarial impugnada hubiera venido motivada por causa de discriminación en relación al hecho de que la actora estuviera embarazada, situación que no conoce la empresa sino a primeros del mes de octubre de 2013, siendo que para finales del mes de septiembre del mismo año se había solicitado a ADECCO, empresa de trabajo temporal, para que iniciare un proceso de selección para sustituir a la actora. Proceso de selección que culminó a finales del mes de noviembre, lo que motivó que en esta fecha se comunicara la extinción de la relación laboral por no haber superado el periodo de prueba.

En cuanto a la nulidad de la decisión extintiva por el simple hecho de estar embarazada la actora la empresa denuncia que el art. 55.5.b) ET solo es de aplicación cuando haya mediado un despido, lo que no ocurre en el caso de autos, y a tal efecto invoca la STC nº 173/2013, de 10 de octubre de 2013.

se opone a la improcedencia de la decisión empresarial porque no existe despido como tal, de modo que no se ha incurrido en defecto de forma a que se refiere el art. 55.1 ET que justifique la estimación de la pretensión subsidiaria que se contiene en la demanda en relación al art. 55.4 ET. Es mas, sostiene que no ha existido una amortización del puesto de trabajo, habiéndose limitado la empresa a aplicar las disposiciones legales vigentes.

TERCERO.- Los hechos que se han declarado probados lo han sido de la prueba practicada en el acto del juicio oral consistente en documentales aportados por las partes, así como en el interrogatorio de la demandada y la pericial de !

Los documentos aportados y admitidos no fueron impugnados por ninguna de las partes, gozando de la plena eficacia probatoria que los arts. 319 y 326 LEC atribuyen respectivamente a los documentos públicos y privados.

La testifical propuesta por la parte demandada ha sido valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica en cumplimiento del art. 376 LEC, teniendo en cuenta las circunstancias que concurre en el testigo y la razón de ciencia que ha dado en el acto de la vista oral al prestar declaración. En este sentido, la declaración del testigo goza de objetividad suficiente en cuanto que manifestó que carecía de interés alguno en este pleito al responder a las



preguntas generales de la Ley a que se refiere el art. 367 LEC. Asimismo, el testigo es conocedor directo de los hechos objeto de debate en el presente pleito una vez que era el superior jerárquico de la trabajadora demandante, así como que también su declaración no incurre en contradicción, concordando bien con el resto de las pruebas practicadas.

CUARTO.- Son cuestiones que se discuten en la presente litis, tal y como se delimitó en el acto de juicio con la conformidad de ambas partes procesales, las siguientes:

a) Nulidad de la rescisión contractual por el hecho de estar la trabajadora embarazada.

b) Improcedencia de la decisión extintiva por haberse observado un plazo de preaviso, así como tampoco por el hecho de no haber indemnizado a la trabajadora por la extinción de la relación laboral en relación a un periodo de prueba excesivamente largo.

También se discute la existencia de despido, el cual debe ser declarado improcedente por defecto de forma en relación con el art. 55.1 y 4 ET.

QUINTO.- Nulidad.

Según el art. 55.5 ET *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*. La actora funda la extinción de la relación laboral a instancia de la empleadora *“por motivo de”* en el hecho de estar embarazada, lo que implica la existencia de discriminación prohibido por el art. 14 Constitución Española y por el art. 17 Estatuto de los Trabajadores.

El art. 14 de la Carta Magna proclama el principio de igualdad, excluyendo cualquier causa de discriminación por razón de sexo. Y el art. 17 ET dispone que *“se entenderán nulos y sin efecto ... las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, ... a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, ...”*.

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, F.J. 2º). Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE. El Tribunal Constitucional así lo ha declarado, incluso respecto a decisiones empresariales *“ad nutum”*, como la resolución de la relación laboral en periodo de prueba (SSTC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994).

Prescribe el art. 5.d) Convenio nº 158 OIT, que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. La Sentencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de los arts. 1.1 y

2, apartados 1 y 3, y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE declaró que de tales preceptos se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz).

Ahora bien, Los arts. 181.2 y 96.1 Ley 36/2011, 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante) viene a consagrar la inversión de la carga de la prueba, en relación con lo dispuesto en el art. 217.6 LEC, si bien, los preceptos primeramente citados condicionan esta excepcional previsión legal a que en el acto del juicio el trabajador que denuncia la vulneración de derechos fundamentales acredite la existencia de indicios suficientes que puedan llevar a la convicción del Juzgador de que efectivamente se ha producido la vulneración que se denuncia en la demanda.

Sobre la inversión de la carga de la prueba se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 144/2005, de 6 de junio, en el tenor literal siguiente: *"la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1991, de 23 de noviembre), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, 21 de marzo), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, 22 de junio, u 85/1995, 6 de junio). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, 22 de junio)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, 23 de noviembre, y 136/1996, de 23 de julio, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante*

despleguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre; 136/1996, de 3 de julio). En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 29/2002, de 11 de febrero, por todas)". En el mismo sentido, últimamente STS de 23 de diciembre de 2010, rec. nº 4380/09.

Se puede concluir en el caso de autos que la trabajadora demandante ha cumplido con su deber de aportar indicios suficientes que tengan por objeto determinar la creencia de este Juzgador de la existencia de la vulneración denunciada, en cuanto que ha resultado acreditado que la misma al tiempo de la fecha de efectos de la decisión extintiva se encontraba embarazada, así como que conocía de esta situación la empresa desde primeros del mes de octubre de 2013.

Es por ello que, ante la aportación de indicios bastantes, corresponde a la empresa acreditar que la decisión empresarial de extinguir la relación laboral obedece estrictamente al hecho alegado de no haber superado aquélla el periodo de prueba.

En cuanto a los hechos declarados probados en la presente sentencia, resulta acreditado que, antes de que la trabajadora comunicare su embarazo a la sociedad *XXXXXXXXXX*, a primeros del mes de octubre de 2013, la empleadora había comunicado a la empresa de trabajo temporal ADECCO (la última semana del mes de septiembre de 2013) el inicio de un proceso de selección de personal al efecto de sustituir a la actora (doc. nº 3: anexo 4 y doc. nº 4 empresa).

Asimismo la decisión de sustituir a la actora se toma a finales del mes de septiembre de 2013 por el hecho de que hasta esta fecha la empresa desconocía que las pérdidas generadas por la actora por importe de 90.730 euros eran irrecuperables (doc. nº 3 empresa; testifical).

También se ha de añadir que no es hasta finales del mes de noviembre de 2013 cuando finaliza el periodo de selección del trabajador que debía sustituir a la actora en su puesto de trabajo, habiendo sido contratado el *XXXXXXXXXX*, el día 2 de diciembre de 2013 (doc. nº 3: anexo 4 y doc. nº 4 y 5 empresa).

Por todo ello cabe concluir, de conformidad con el art. 55.5, último párrafo ET y art. 108.2, último párrafo LRJS, la **inexistencia de causa de discriminación por razón de sexo** que pueda determinar la nulidad de la extinción de la relación laboral de la trabajadora, en cuanto que la rescisión contractual se debió únicamente al hecho de no haber superado el periodo de prueba la trabajadora, mas aún cuando se había estipulado un periodo de un año para dicha situación (cláusula segunda del contrato de trabajo), que se haya dentro del plazo previsto en el art. 4.3 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero.

La empresa cumplió con su deber de fundar la extinción de la relación

laboral, al hacer constar en la comunicación escrita a la actora la causa que la motivó, sin que tampoco pueda ser ello causa de nulidad por falta de motivación, tal y como exige el Tribunal Constitucional en este tipo de supuestos (SSTC 38/1981; 103/1983; 104/1983; 26 de septiembre de 1988; entre otras). En este sentido se pronuncia el TS en las Sentencias 2 de abril de 2007, rec. 5013/2005; 12 de diciembre de 2008, rec. 3925/2007; 14 de mayo de 2008, rec. 1097/2008; 23 de noviembre de 2009, rec. 3441/2008; entre otras, que recogen la doctrina de la Sala IV, según la cual el periodo de prueba es *"una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental"*.

Motivo de discriminación que ha resultado desvirtuado en el caso de autos a la vista del resultado de la actividad probatoria desplegada por la parte demandada, obedeciendo la decisión empresarial impugnada a los errores imputados a la trabajadora cometidos durante el periodo de prueba, los cuales se reproducen en el Hecho Probado Octavo de la presente resolución judicial y de forma mas detallada en el documento número 3 aportado por la empresa al que me remito por razones de economía procesal.

SEXTO.- En lo referente a la pretensión de nulidad al amparo del art. 55.5.b) ET que se contiene en la demanda y a la que se opone la parte demandada se ha de estar a la doctrina del Tribunal Constitucional, la cual vincula a este Juzgador de acuerdo con el art. 5 de la Ley Orgánica 1/1985, de 6 de julio.

Así pues, cabe traer a colación la STC nº 173/2013, de 10 de octubre (FJ 5º), según la cual *"no cabe formular reproche alguno desde la perspectiva del canon reforzado de motivación a una interpretación judicial que sostiene que el sistema de tutela objetiva previsto por la Ley 39/1999 para el despido de la trabajadora embarazada no resulta aplicable a las extinciones del contrato en el período de prueba, pues entre ambas instituciones existen suficientes diferencias sustantivas como para justificar un tratamiento diferenciado, reforzado en el caso del despido, en cuanto decisión necesariamente causal y motivada y cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor. Esta interpretación, en efecto, no resulta constitucionalmente reprochable, dado que no priva de las necesarias garantías antidiscriminatorias a las extinciones del contrato de trabajo durante el período de prueba, que, pese a no exigir siquiera causa ni motivación de ningún tipo - pudiendo responder, por su propia naturaleza, a la pura voluntad empresarial- no pueden, claro está, vulnerar derechos fundamentales, como tiene establecido nuestra doctrina, antes citada (SSTC 94/1984, FJ 3 y 166/1988), FJ 4), y se recuerda precisamente en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo"*.



El Tribunal Constitucional confirma el criterio seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2011, recurrida en amparo, la cual rechaza extender el mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso de despido, prevista expresamente en el art. 55.5.b) ET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, y ha aplicado a este supuesto la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo (STC 17/2007, de 12 de febrero).

Parte el Tribunal Supremo, para fundar su conclusión antes expuesta, de la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y el desistimiento empresarial en periodo de prueba, de modo que, aplicando lo anterior al caso de autos, la nulidad de la decisión empresarial se ha de hacer desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la no discriminación, debiendo regir la materia de indicios para invertir la carga de la prueba, en cuanto que no nos encontramos ante un supuesto de despido, sino mas bien ante la extinción de la relación laboral por no haber superado la trabajadora demandante el periodo de prueba.

Cuestión esta última que ha sido objeto de estudio en el Fundamento de derecho anterior de esta sentencia.

SÉPTIMO.- Art. 4 Carta Social Europea y periodo de prueba.

Antes de entrar a resolver la segunda cuestión objeto de debate en la presente litis es menester hacer un breve estudio sobre la Carta Social Europea y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Cabe recordar que la carta Social Europea fue hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, habiendo sido ratificada por España mediante Instrumento de ratificación de fecha 29 de abril de 1980, publicada en el BOE el día 26 de junio de 1980, con vigencia desde el día 5 de junio de 1980.

Una vez que esta norma internacional ha sido ratificada por España y publicada en el BOE, la misma ha pasado a formar parte de nuestro jurídico interno de conformidad con lo previsto por el art. 96 de la Constitución Española de 1978 (CE en adelante), según el cual "*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*". En el mismo sentido se pronuncia el art. 5 del Código Civil.

Dispone el art. 4 de la Carta Social Europea que "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes Contratantes se comprometen:*

4. A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un Plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo".

Este precepto en relación al periodo de prueba ha sido interpretado por el Comité Europeo de Derechos Sociales en su Decisión de 23 de mayo de 2012, aprobada por resolución de 5 de febrero de 2013, cuando refiere que en los casos en que un contrato de trabajo indefinido se acabe durante el periodo de un año de prueba fijado por una ley nacional constituye una violación del art. 4.4 de la carta de 1961, no pudiendo considerar en ningún caso como razonable un periodo de prueba de un año según lo que debe entenderse por dicho concepto.



Entiende el Comité de Ministros que la vulneración radica cuando el empleador puede extinguir la relación laboral alegando no haber superado el periodo de prueba sin que tenga derecho el trabajador al percibo de una indemnización, así como el derecho a un plazo de preaviso que tiene por objeto el de facilitar la búsqueda de un nuevo empleo al tiempo que el trabajador sigue percibiendo el salario.

En el Ordenamiento Jurídico interno se contempla por el art. 4.3 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, que el periodo de prueba de un contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores es de un año, aún cuando el art. 14.1 ET fija un periodo de prueba no superior al de seis meses para técnicos titulados ni dos meses para los demás trabajadores.

De acuerdo con la interpretación hecha por el Comité Europeo de Derechos Sociales antes reproducido se ha de entender que el hecho de haberse fijado un periodo de prueba de un año por el art. 4.3 RDL 3/2012, sin derecho del trabajador a un plazo de preaviso, así como al percibo de una indemnización por la extinción de la relación laboral, conculca el art. 4.4 de la Carta Social Europea, de modo que no procede la aplicación del citado precepto legal interno, una vez que, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto para el caso de que se trata el art. 4.3 del citado Real decreto Ley.

Esta conclusión encuentra su amparo en el art. 10.2 CE según el cual *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*, y es que no se debe olvidar que el art. 35 CE garantiza el derecho al trabajo, respecto el cual abarca el derecho del trabajador a la extinción remunerada, así como al reconocimiento de un plazo de preaviso.

Convenio 158 de la OIT.

Prácticamente en el mismo sentido que la Carta Social Europea, en lo que resulta de aplicación al caso de autos, se pronuncia el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador de 22 de junio de 1982, el cual fue ratificado por España en 1985 (BOE 29-06-1985), con vigencia desde el día 26 de abril de 1986.

Así, dispone el art. 11 de la citada norma internacional que *"El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso"*.

Y el art. 12.1 *"De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:*

a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o



b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o

c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones".

Ahora bien, en cuanto al periodo de prueba el TC ha admitido que pueda haber razones que justifiquen una extinción no causal del contrato de trabajo que, en lo que ahora interesa, se ha plasmado en esa posibilidad de que, en la primera fase del contrato, en el llamado periodo de prueba, se pueda producir la extinción por desistimiento empresarial -STC 16671988, entendiéndose dicho periodo de prueba como un tiempo cuya finalidad es la de conocer las aptitudes de la persona trabajadora. Entendiendo el Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de noviembre de 2007, rec. nº 4341/2006; y 20 de julio de 2011, rec. nº 152/2010; que la finalidad del periodo de prueba desaparece o pierde su sentido si se fija un plazo excesivo para su duración.

Cabe traer a colación la STS de 20 de julio de 2011, rec. nº 152/2010, que recuerda que la *"finalidad del instituto del periodo de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve"*. Así pues, el hecho de que se prevea por convenio colectivo un periodo de prueba excesivamente largo, como es el plazo de un año, ello constituye un abuso de derecho que debe sancionarse con la nulidad de la cláusula. Lo mismo se ha predicar en el caso de autos. Y es que el hecho de que el Legislador haya optado para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores por un periodo de prueba de duración de un año constituye lo que podría denominarse un "fraude de ley de la Ley", una vez que la fijación de un año no puede responder a la finalidad para la cual nace el periodo de prueba, cuya consecuencia no es otra que la sanción de nulidad, entrando ello en colisión con la normativa internacional de aplicación en España.

Así pues, el hecho de que se haya fijado un periodo de prueba, el cual se puede calificar de excesivo, una vez que es de un año, con independencia de las aptitudes que se precisen para la ejecución de un contrato, en cuanto que el periodo de prueba es igual para los contratos celebrados al amparo del art. 4 Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, no tiene por objeto conocer las aptitudes de la persona contratada para el desempeño del puesto de trabajo, sino lo que se pretende es garantizar el acceso a un contrato de duración determinada sin derecho a indemnización y plazo de preaviso que se reconoce en el art. 49.1.c) ET, con la correspondiente vulneración del principio de igualdad garantizado en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, siendo que el art. 20 regula la igualdad y el art. 21 la no discriminación.

Lo anterior unido al hecho de que el art. 4 del Convenio de la OIT, según el cual *"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su*

conecta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", es por lo que se ha de concluir nuevamente que ante el conflicto jurídico suscitado entre el derecho interno y la normativa supranacional, gozando esta última de aplicación preferente de acuerdo con el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE en relación con el art. 96 de la Carta Magna, es por lo que de modo alguno puede resultar de aplicación el art. 4.3 Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, debiendo reconocer el derecho de la trabajadora al percibo de la correspondiente indemnización o, en su caso readmisión en su puesto de trabajo, al no concurrir causa suficientemente justificada en base a la cual se pueda amparar la decisión empresarial de desistir unilateralmente del contrato de trabajo una vez transcurrido un periodo de tiempo excesivo desde el inicio de la relación laboral, aún cuando la decisión extintiva se produce estando vigente el periodo de prueba de un año a que se refiere el precepto tantas veces reiterado en el presente resolución judicial.

Cabe traer a colación un caso muy similar al presente que ocurrió en Francia cuando la Court de Cassation por Sentencia de 1 de julio de 2008 declaró contrario a dicho Convenio 158 OIT la Orden 2005-893, de 2 de agosto, que desarrollaba la Ley de 26 de julio de 2005, en la que se preveía la extinción sin causa durante dos años de contratos (denominados de "*nouvelles embauches*") realizados con desempleados por empresas de menos de 50 asalariados. Si bien existen algunas diferencias no se puede obviar que la interpretación del Convenio 158 de la OIT sobre el hecho de que la terminación del contrato de trabajo debe obedecer a causa justa puede resultar de aplicación al caso de autos.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

En último lugar no se puede olvidar la eficacia directa del Derecho Comunitario en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que, ante la colisión que puede producir el art. 4.3 del Real Decreto Ley de 10 de febrero y el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por la carta de los derechos fundamentales de la Unión, ha de prevalecer el principio de igualdad, el cual no justifica que ante situaciones iguales se otorgue un trato discriminatorio como ocurre en el caso de autos, en el que el empresario puede desistir del contrato de duración indefinida justo antes de transcurrir el plazo de un año de periodo de prueba cuando con carácter general, salvo que por convenio colectivo se prevea un plazo inferior, el periodo de prueba, según el art. 14 ET, no puede exceder de seis meses para las profesiones tituladas y de dos meses para el resto de casos. Situación discriminatoria que puede apreciarse con el resto de trabajadores indefinidos cuyo contrato de trabajo no se rige por el de apoyo a emprendedores, así como también en relación a trabajadores de empresas con 50 o más empleados, y con respecto a los trabajadores contratados por tiempo determinado.

También se puede pensar que el derecho interno sobre la materia, entendiéndose que la finalidad del periodo de prueba de un año no se corresponde con la finalidad perseguida por esta figura jurídica de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, conculca también el art. 30 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea cuando este precepto comunitario consagra el derecho de todo trabajador a la protección en caso de despido injustificado. Es decir, el

hecho de que el periodo de un año es excesivo, no responde a la finalidad que se persigue con el periodo de prueba, tal y como se ha razonado anteriormente, por lo que la extinción de la relación laboral antes de expirar el periodo de un año sin alegar otra causa que el no haber superado el periodo de prueba conculca el tenor literal del precepto citado porque no concurre causa justa en el que se pueda amparar la decisión empresarial.

Que la normativa comunitaria es de aplicación directa no existe duda, en atención a la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la materia.

OCTAVO.- Improcedencia de la decisión extintiva.

Ante la inaplicación del art. 4.3 del real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero se ha de estar a lo dispuesto, por remisión hecha por el art. 14.1 ET, en el convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 de diciembre de 2013, el cual estaba vigente en la fecha de efectos.

La norma paccionada en su art. 23 prevé un periodo de prueba de duración máxima de seis meses.

En el caso de autos, la trabajadora demandante ha seguido prestando sus servicios profesionales bajo la dependencia de la demandada, una vez transcurrido la duración máxima del periodo de prueba de seis meses contemplado por el convenio colectivo, en cuanto que el inicio de la relación laboral tuvo lugar el día 29 de noviembre de 2012 y la comunicación empresarial extintiva de la relación laboral surtió efectos el día 27 de noviembre de 2013.

La continuación de la prestación de servicios, una vez superado el periodo de prueba previsto por el convenio colectivo de aplicación, lleva a entender que el contrato de trabajo comenzó a desplegar todos sus efectos jurídicos de conformidad con el art. 14.3.1º ET.

La falta de comunicación de una carta de despido, tal y como exige el art. 55.1 ET, conlleva la declaración de improcedencia de la extinción de la relación laboral, debiendo apreciarse la existencia de un despido como tal en cumplimiento del art. 55.4 ET.

NOVENO.- Indemnización.

La improcedencia del despido lleva aparejado las consecuencias legales que se contienen en el art. 56.1 ET, debiendo condenar a la empresa a optar, en el plazo de cinco días, entre la readmisión de la trabajadora demandante con abono de los salarios de tramitación o, en su defecto, por la indemnización legalmente prevista.

Teniendo en cuenta que la extinción de la relación laboral se ha producido el día 27 de noviembre de 2013, y que el contrato es posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio es por lo que no se puede estar al régimen transitorio contenido en la citada norma legal, sino que ha de regir la redacción vigente del art. 56.1 ET.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo representada fundamentalmente por la Sentencia de 30 de junio de 2008, rec. nº 2639/2007, el importe de los salarios percibidos por el trabajador durante los doce meses anteriores a la fecha de despido se han de dividir entre 365 días, lo que resulta un salario a efecto de despido de 63,01 euros brutos diarios, siendo su salario anual de 22.999,56 euros brutos.



Partiendo de una antigüedad de 29 de noviembre de 2012, y un salario diario a efectos de despido de 63,01 euros:

La indemnización a la que tiene derecho a percibir la trabajadora por despido improcedente asciende a un total de 2.079,33 euros brutos (33 días * 63,01 euros).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que desestimando la demanda formulada por D^a. [REDACTED], defendida y representada por el Letrado D. [REDACTED] Merca, contra la mercantil [REDACTED] S.L.; representada por D. [REDACTED] y defendida por el Letrado D. [REDACTED]; habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro **improcedente** el cese sufrido por la actora en su puesto de trabajo en fecha 27 de noviembre de 2.011, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia **opte** mediante escrito o simple comparecencia ante la secretaría del Juzgado de lo Social entre la readmisión de la trabajadora o al abono de una indemnización de 2.079,33 euros brutos, mas el abono de los salarios de tramitación desde el despido a la fecha de notificación de esta sentencia para el caso de optar por la readmisión de la trabajadora.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña con sede en Barcelona, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a su notificación, por comparecencia o por escrito de las partes, su abogado o representante, designando Letrado que habrá de interponerlo, siendo posible el anuncio por la mera manifestación de aquellos al ser notificados (art. 192 LPL) y en la forma prevista en el art. 194 LPL. La empresa deberá al mismo tiempo acreditar haber consignado el importe de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el día del anuncio de recurso, más el importe de la indemnización contenida en el fallo, en la cuenta de este Juzgado abierta en **BANESTO**, pudiendo sustituirse por aseguramiento mediante aval bancario, constando la responsabilidad solidaria del avalista. Posteriormente, al interponer el recurso, se entregará resguardo de haber depositado ciento cincuenta euros (**150 €**) en la cuenta mencionada. Si la opción ejercitada fuese la readmisión, el empresario, mientras dure la tramitación del recurso, viene obligado a abonar al trabajador los salarios que venía percibiendo antes del despido, y el trabajador continuará prestando sus servicios, salvo que el empresario prefiera realizar el citado abono sin recibir contraprestación alguna; y caso de haber optado por la indemnización el trabajador se considerará en situación de desempleo involuntario, no procediendo la ejecución provisional de la sentencia (arts. 111 y 295 LPL).

Así lo acuerda, manda y firma D. DIEGO ZAFRA MATA Juez de este Juzgado y de su partido.



Juzgado Social 1 Tarragona
Avda. Roma, 21
Tarragona

TARR 258/13
Conles

3 MAY 2014

Procedimiento Despido nulo núm. 1043/2013-m

Parte actora: N.º de identificación

Parte demandada: I.º de identificación y Ministerio Fiscal

DILIGENCIA. En Tarragona, a veintitres de abril de dos mil catorce. La extiendo yo, Secretaria Judicial, para hacer constar que, con fecha 17/04/14 ha sido presentado el precedente escrito por el letrado de la parte actora, de lo que paso a dar cuenta a S.S^a. Doy fe.

AUTO

Juez D/D^a Diego Zafra Mata.

En Tarragona, a veintitres de abril de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante este Juzgado se siguen autos del procedimiento 1043/2013 a instancia de [identificación] contra [identificación] y MINISTERIO FISCAL sobre Despido nulo.

SEGUNDO: Que por el/la letrado [identificación], se ha presentado escrito de fecha 17/04/14 solicitando la aclaración de la sentencia núm.179/14 dictada en el presente procedimiento en fecha 02/04/14.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

ÚNICO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), en relación con el artículo 214.1 de la LEC no procede modificar una resolución judicial una vez firmada la misma. Si bien se exceptua los supuestos cuales son la rectificación por error material o aritmético que se puede realizar en cualquier momento (art.214.3 de la LEC) y aclara algún concepto oscuro que adolezca la resolución judicial que se pretenda variar (art.214.2 LEC).

A la vista del escrito presentado por el letrado de la parte actora en fecha 17/04/14, es por lo que este juzgador ha apreciado la existencia de un error material.

De conformidad con lo anteriormente previsto procede sustituir donde dice " Que



desestimando la demanda”, debe de decir “ Que estimando la demanda”.

Vistos los artículos citados y demás en general y pertinente de aplicación al caso;

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la solicitud de rectificación formulada, procede la rectificación en los términos descritos en el Fallo de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno y que el plazo concedido en la resolución aclarada para recurrirla comenzará a contarse, en los mismo términos, a partir de la fecha de esta notificación.

Así lo acordó y firma D/D^a Diego Zafra Mata, Juez del Juzgado Social 1 Tarragona de Tarragona, ante mí, Secretaria Judicial, de lo que doy fe.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo ordenado remitiendo copia de la anterior resolución a las partes por correo certificado con acuse de recibo, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Laboral. Doy fe.